

BIENES FAMILIARES. SU RECEPCIÓN DOCTRINARIA Y JURISPRUDENCIAL

FAMILY ASSETS. AN APPROACH FROM DOCTRINE AND JURISPRUDENCE

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3 bis, noviembre 2015, pp. 215 - 245.

Fecha entrega: 05/09/2015
Fecha aceptación: 30/10/2015

· Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad “DER2013-47577-R. IMPACTO SOCIAL DE LAS CRISIS FAMILIARES” y grupo de Investigación de la Universidad de Valencia RESEARCH GROUP PERSON AND FAMILY (GIUV 2013-101), Valencia, España.

CRISTIÁN LEPIN MOLINA
Profesor de Derecho Civil
Coordinador del Programa de
Estudios de Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia
Universidad de Chile
clepin@derecho.uchile.cl

RESUMEN: Este trabajo busca determinar el régimen jurídico aplicable a la institución de los bienes familiares, figura reconocida en el derecho chileno desde el año 1994. Para ello, se analizan críticamente sus requisitos de procedencia, los conceptos de familia y de residencia principal involucrados, las solemnidades requeridas, sus efectos y los criterios de desafectación normados; para concluir que la protección de la familia consagrada en este instituto resultaría precaria al consistir sólo en una limitación al dominio del cónyuge o conviviente civil propietario.

PALABRAS CLAVES: bienes familiares, protección de la familia, régimen jurídico, bienes susceptibles, residencia principal, efectos, derechos reales, desafectación.

ABSTRACT: The purpose of this work is to determine the legal regime applicable to the family assets, legal figure existing in the Chilean law since 1994. the work contain a critical analysis about its requirements, the concept of family and main residence place, formalities required and its effects and the criteria to remove the condition of family assets. The work concludes that the family protection granted in this concept of family assets it seems to be weak because it's just a limitation to the spouse or civil couple owner.

KEY WORDS: family assets, family protection, legal regime, assets exposed; main place of residence, effects, property right, loss of quality

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. FINALIDAD. ¿PROTECCIÓN DE LA FAMILIA, INTERÉS SUPERIOR DEL HIJO O CÓNYUGE MÁS DÉBIL?.- III. RÉGIMEN JURÍDICO.- 1. Requisitos.- A) Matrimonio o Unión Civil.- B) Bienes susceptibles.- C) Residencia principal de la familia.- D) Resolución judicial o cumplimiento de las solemnidades.- 2. Forma de afectación de bienes.- A) Declaración judicial.- B) Por declaración de cualquiera de los cónyuges.- 3. Efectos.- A) Respecto de los cónyuges.- B) Respecto de terceros.- 4. Constitución de derechos reales.- 5.- Desafectación.- 6. Institución de orden público.- IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN.

La Ley N° 19.335, publicada el 23 de septiembre de 1994 en el Diario Oficial, incorpora por primera vez en la legislación chilena la institución de los bienes familiares, en los artículos 141 a 149 del Código Civil. Normativa aplicable a los matrimonios y a las uniones civiles celebradas en conformidad a la Ley N° 20.830 de 21 de abril de 2015¹.

Los bienes familiares buscan proteger la residencia principal de la familia y los bienes que la guarnecen, a través de una declaración judicial o de una declaración unilateral (según se explicara en el desarrollo de este trabajo), con el objeto de limitar las facultades que el cónyuge o conviviente civil propietario tiene sobre dichos bienes, tanto respecto de actos de disposición como en ciertos actos de administración.

La Ley N° 19.335 pretendía establecer el régimen de participación en los gananciales como régimen legal y supletorio, en reemplazo de la cuestionada sociedad conyugal (en atención a las discriminaciones contra la mujer), lo que en definitiva no prosperó. No obstante, se incorporó al ordenamiento jurídico como un régimen patrimonial alternativo y de carácter convencional. Eso sí, fue necesario mitigar las consecuencias derivadas de la ausencia de un patrimonio común durante la vigencia del régimen, lo que se materializó a través de los bienes familiares, intentando limitar las facultades del cónyuge propietario en el bien que sirva de residencia de la familia.

En este sentido, para HÜBNER los bienes familiares se establecen “con el objeto de paliar los inconvenientes que presenta el régimen de participación

** Agradezco a mis ayudantes de la Cátedra de Derecho Civil, Sheryl Vargas y Daniela Silva, quienes me ayudaron con la recopilación de jurisprudencia.

¹ Cfr. LEPIN MOLINA, C.: *Compendio de Derecho Familiar*, segunda edición, Editorial Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2015.

en los gananciales, en lo que se refiere a que durante su vigencia no existe un patrimonio común familiar, se idea el complementarlo con la institución de los ‘bienes familiares’, institución que se independiza del mismo, para pasar a ser común a todos los regímenes patrimoniales”².

De esta forma, la afectación de un bien familiar procede en cualquiera de los tres regímenes patrimoniales del matrimonio, es decir, ya sea que los cónyuges se casen bajo el régimen de sociedad conyugal, pacten participación en los gananciales o separación de bienes. Así parece entenderlo la Corte de Apelaciones de Santiago que señala “no existen en el matrimonio sino dos patrimonios, los de cada uno de los cónyuges, ya que por el hecho de celebrarse el contrato definido en el artículo 102, a diferencia de la sociedad o compañía definida en el artículo 2053 del Código Civil, no se forma ninguna persona jurídica distinta de las partes que concurrieron a su formación. Por lo tanto, los bienes de cualesquiera de los cónyuges podrán estar o no afectados a limitaciones en cuanto a su administración o disposición; y las hay en abundancia en los diferentes regímenes; pero siempre, a todo evento, dichos bienes lo estarán en alguno de esos dos únicos patrimonios, ya que no existe otro en el matrimonio”³.

Esta novedosa institución tiene algunos precedentes en la legislación nacional. Según CORRAL “en nuestra legislación no ha estado del todo ausente el tema de la protección de un patrimonio familiar. Ha tenido cierta presencia en relación con la estructura de la propiedad agraria y la protección del campesinado. Es así como, en virtud de la Ley N° 15.020, se dictó el Decreto con Fuerza de ley N° R.R.A. 5, del Ministerio de Hacienda, de 1963, publicado en el Diario Oficial del 16 de febrero del mismo año, que lleva por título ‘Legisla sobre propiedad familiar agrícola’. Por esta normativa se facultaba al Presidente de la república, a solicitud del propietario, para declarar “propiedad familiar agrícola” un predio rústico calificado previamente de “unidad económica” (de acuerdo con el art. 11 de la Ley N° 15.020)”⁴.

HÜBNER agrega que “también encontramos su presencia en la Ley 1.838 referida a las habitaciones para obreros, en la Ley 5.950 que creó la Caja de Habitación Popular, la Ley 7.600, en la Ley 15.020 en cuya virtud se dicta el

² HÜBNER GUZMÁN, A. M.: “Los bienes familiares en la legislación chilena. Problemas y atisbos de solución”, en AA.VV.: *Los regímenes matrimoniales en Chile. Problemas y perspectivas de cambio*, Hernán Corral (Edit.), Universidad de los Andes, Santiago, Chile, 1998, p. 103. En similar sentido, CORRAL TALCIANI, H.: *Los bienes familiares y participación en los gananciales*, segunda edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2007, p. 52.

³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 10145-2005, 16 de octubre de 2008, considerando quinto, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/7720/2008.

⁴ CORRAL TALCIANI, H.: *Los bienes familiares y participación en los gananciales*, cit., p. 51.

DFL N° R.R.A. 5, del Ministerio de Hacienda, de 1963, que facultaba al Presidente de la república, a solicitud del propietario, para declarar propiedad familiar agrícola un predio rústico calificado previamente de unidad económica”⁵.

Por último, es menester considerar que la Ley N° 20.830 crea el Acuerdo de Unión Civil, legislación que regula los efectos civiles de la convivencia entre dos personas, ya se trate de parejas heterosexuales o parejas homosexuales. El artículo 15 inciso final señala que “cualquiera sea el régimen de bienes que exista entre los convivientes civiles, tendrá aplicación lo dispuesto en los artículos 141 a 149 del Código Civil”. En consecuencia, hace aplicable la normativa de los bienes familiares sin modificaciones, por lo que en los sucesivos, nos referiremos a la institución marcando las diferencias entre el matrimonio y las uniones civiles, en los casos pertinentes.

II. FINALIDAD. ¿PROTECCIÓN DE LA FAMILIA, INTERÉS SUPERIOR DEL HIJO O CÓNYUGE MÁS DÉBIL?

La finalidad principal de esta institución es la protección de la vivienda que constituye la residencia principal de la familia, aunque como se analizará su efecto principal es limitar las facultades de disposición del cónyuge o conviviente civil propietario del bien declarado como familiar. De esta manera, per se no otorgan derechos de goce sobre el inmueble o sobre los bienes muebles que lo guarnecen, salvo que el juez decida constituir derechos de usufructo, habitación o de uso, según corresponda.

Se trata entonces de proteger el lugar físico para que la familia se pueda desarrollar, de esta manera la primera pregunta que surge es ¿cuál tipo de familia protege? Durante años, la doctrina unánimemente ha mantenido que protege a la familia matrimonial, sosteniendo que los únicos legitimados activos para solicitar la afectación son los cónyuges.

Así, por ejemplo, HÜBNER señala que “su fundamento se encuentra en el denominado ‘régimen matrimonial primario’, esto es, el conjunto de normas imperativas, de carácter patrimonial, que buscan la protección de la familia y por lo tanto se imponen heterónomamente a los cónyuges”⁶.

En un sentido similar, CORRAL señala que “se ha dicho que la fundamentación de este estatuto uniforme y especial al que resultan

⁵ HÜBNER GUZMÁN, A. M.: “Los bienes familiares en la legislación chilena. Problemas y atisbos de solución”, cit., p. 102.

⁶ HÜBNER GUZMÁN, A. M.: “Los bienes familiares en la legislación chilena. Problemas y atisbos de solución”, cit., p. 105.

sometidos todos los matrimonios en cuanto a algunos bienes, residiría en el deber general de los cónyuges de subvenir a las necesidades de la familia; lo que la doctrina española denomina 'levantamiento de las cargas del matrimonio'. Quizá convendría complementar esta explicación (que no parece cubrir la restricción de los derechos de los terceros acreedores), con la protección pública a la familia fundada en el matrimonio, que en nuestro orden constitucional es un deber del Estado (art. 1º Const.)”⁷.

Para la jurisprudencia, se trata de proteger a la familia matrimonial, lo que queda de manifiesto “sobre la base de los hechos reseñados precedentemente y ponderando la totalidad de los antecedentes del proceso, de conformidad a la forma que establece la ley, los sentenciadores del grado consideraron que la institución de los Bienes Familiares persigue asegurar a la familia matrimonial un hogar físico estable donde sus integrantes puedan desarrollar su vida familiar con normalidad y que estando destinada a la protección de la familia, no procede que se declare como bien familiar el que es materia de autos, pues allí sólo vive el cónyuge demandante puesto que al momento de presentarse la demanda no constituye la residencia principal de la familia, constituida en éste caso por ambos cónyuges y por los hijos que viven a sus expensas”⁸.

La finalidad de protección de la familia matrimonial, también queda en evidencia en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, que señala “que, como se ha dejado dicho en el motivo tercero de esta sentencia, la finalidad de los bienes familiares son, entre otros, amparar al cónyuge no propietario de la vivienda y resguardar el interés de los hijos comunes y del cónyuge al que le corresponde el cuidado de los hijos y, en el caso, el demandado no tiene el cuidado de algún hijo, ya que éstos son mayores de edad”⁹.

Efectivamente, las normas que regulan la institución se encuentran en el Libro I del Código Civil, Título VI “Obligaciones y derechos entre los cónyuges”, párrafo 2º, artículos 141 a 149. Todas las normas se refieren a los cónyuges, ni siquiera se habilita a los hijos para solicitar la afectación, como se analizará. Como lo hemos expresado, esta institución se enmarca en el denominado estatuto protector del matrimonio, entendiendo por tal, al

⁷ CORRAL TALCIANI, H.: *Los bienes familiares y participación en los gananciales*, cit., p. 53. En forma similar, RODRÍGUEZ GREZ, P.: *Regímenes patrimoniales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1997, p. 285.

⁸ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 4686-2006, 05 de octubre de 2006, considerando cuarto, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/4310/2006.

⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 126-2014, 30 de junio de 2014, considerando decimotercero, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/4123/2014.

“conjunto de derechos de carácter patrimonial cuya titularidad y ejercicio se funda en la existencia del matrimonio”¹⁰.

Esta situación se mantuvo inalterable hasta la Ley N° 20.830, que crea el Acuerdo de Unión Civil, el que pueden celebrar las personas ya sean heterosexuales u homosexuales. Dicha ley fue publicada en el Diario Oficial el 21 de abril de 2015 y entró en vigencia el 22 de octubre de este año. De esta forma, ya no sólo lo pueden celebrar los cónyuges, sino también los convivientes civiles (artículo 15 inciso final LAUC), de lo que se puede concluir que se trata de una norma de protección a la familia legalmente constituida, ya sea por el contrato de matrimonio o por el de unión civil.

En este último punto, es importante destacar que quedan excluidas las relaciones de hecho o de simple convivencia, es decir, las parejas que no suscriben ni un contrato de matrimonio ni de unión civil.

Un tema que resulta necesario analizar tiene que ver con la posible protección del interés superior de los hijos y del cónyuge más débil a través de esta institución, toda vez que, por lo menos cierta jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia, lo ha establecido así en algunas sentencias.

En el primer caso en que se solicita la desafectación y que fue otorgada en primera instancia, no se debió conceder en virtud de la aplicación del principio de interés superior del niño. Así, señala “que, por último, el artículo 3 N° 1 de la Convención de los Derechos del Niño, promulgada en nuestro país el 26 de enero de 1990, señala que En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Que este principio, de rango constitucional, conforme lo establece el inciso 2° del artículo 5 de la Constitución Política de la República, es recogido en la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, por lo que en el presente caso, al resolver en torno a la desafectación del bien familiar ya mencionado, debió tomarse en consideración la situación que afecta a un niño de 8 años y que está bajo el cuidado y la tuición de su madre, la demandada en estos antecedentes”¹¹.

¹⁰ LEPIN MOLINA, C.: “Los nuevos principios del derecho de familia”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 23, diciembre, 2014, p. 22. Disponible en: www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722014000200001&script=sci_arttext.

¹¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 2493-2008, 01 de diciembre de 2008, considerando séptimo, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/4221/2008.

La sentencia en comento, utiliza el principio de protección del interés superior del niño para mantener la calidad de bien familiar de un inmueble, privilegiando la situación de los hijos que viven con uno de sus padres.

En este sentido, compartimos lo señalado por ROCA TRIAS al referir que “el interés superior del menor ha acabado por convertirse en un principio general del derecho de carácter bifronte, es decir, que inspira la legislación y además, debe ser aplicado por los jueces, en todas aquellas decisiones relativas a menores y más concretamente, en lo que se refiere a la crisis familiar”¹².

Así lo establece el artículo 16 de la Ley N° 19.968¹³ que crea los tribunales de familia, y que consagra como principio rector el interés superior del niño.

Nuestra jurisprudencia se ha planteado en términos similares, al señalar “que el interés del menor constituye un concepto jurídico indeterminado, de contornos imprecisos y de profusa utilización en el derecho comparado. No obstante, puede afirmarse que alude a asegurar al menor el ejercicio y protección de sus derechos fundamentales; y a posibilitar la mayor suma de ventajas, en todos los aspectos de su vida, en perspectiva de su autonomía y orientado a asegurar el libre desarrollo de su personalidad; concepto, en todo caso, cuyos contornos deben delimitarse en concreto, en cada caso”¹⁴.

Lamentablemente, este interés superior del niño sólo se considera en la eventual desafectación del bien familiar, y no en su constitución.

Por último, interesa determinar si se debe proteger al cónyuge más débil. La ley no ha definido que se entiende por cónyuge débil, sin embargo, “se entiende que es uno de los cónyuges (más débil) que queda en una situación de desmedro económico frente al otro cónyuge (más fuerte) al momento del término del matrimonio, ya sea por divorcio o nulidad, que se traduce en sus escasas posibilidades de negociación”¹⁵.

El problema surge al analizar si es posible que la declaración de bien familiar subsista más allá del matrimonio, es decir, si puede extenderse en forma posterior al divorcio. En principio, estimamos que no es procedente

¹² ROCA I TRIAS, E.: *Libertad y familia*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2014, pp. 65-66.

¹³ Disponible en <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=229557>

¹⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, en la causa Rol 7166-2003, 07 de octubre de 2004, disponible en www.pjud.cl.

¹⁵ LEPIN MOLINA, C.: “El principio de protección del cónyuge más débil en el moderno Derecho de Familia”, *Revista chilena de Derecho*, vol. 40, N° 2, p. 519. Disponible en: www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372013000200007.

prolongar los efectos del matrimonio en forma posterior a su término, salvo si existen hijos menores de edad. De esta manera, no se atiende a la calidad de cónyuge, ni a su debilidad, sino en la excepción señalada se busca proteger a los hijos.

Así, parece entenderlo la Corte Suprema de Justicia, al señalar “que la lectura del libelo que se examina permite advertir que los sentenciadores hicieron una correcta aplicación de la normativa atinente al caso de que se trata, de modo tal que no incurrieron en infracción legal que influya, sustancialmente, en lo dispositivo del fallo. En efecto, quedó establecido por los tribunales del fondo que la demandada y la hija común del matrimonio viven en el inmueble cuya desafectación se solicita, no habiéndose demostrado la existencia de fraude alguno en perjuicio del actor, quien tampoco logró probar que se hubiere verificado alguna de las causales de desafectación contenidas en el artículo 145 del Código Civil. Asimismo, cuando el artículo 141 del mismo Código regula los supuestos de procedencia de la declaración de bien familiar de un inmueble, ninguna exigencia hace, respecto de la situación patrimonial de los cónyuges, de modo que, la alegación del recurrente en cuanto a que la demandada *no tendría el carácter de cónyuge más débil, no constituye un requisito legal que deba de ser tomado en consideración al momento de resolverse acerca de la procedencia o no de la desafectación de un bien declarado familiar.*”¹⁶ (El destacado es nuestro).

III. RÉGIMEN JURÍDICO.

Nos interesa analizar el estatuto jurídico establecido por el Código Civil chileno, especialmente sus requisitos, las formas de afectación de un bien como familiar, los efectos respecto de las partes y de terceros, la posibilidad de constitución de derechos reales y la eventual responsabilidad civil por la declaración fraudulenta de uno de los cónyuges o convivientes civiles.

1. Requisitos.

En primer lugar centraremos nuestro estudio en los requisitos de procedencia de los bienes familiares, en el entendido que sólo determinados bienes pueden ostentar tal calidad. Es decir, los bienes específicos que el Código Civil señala, y además, que sean declarados como familiares, ya sea por resolución judicial o por declaración unilateral de voluntad en los casos determinados por la ley.

¹⁶ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 15331-2014, 28 de agosto de 2014, considerando tercero, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/6007/2014.

Estos requisitos son: existencia de un matrimonio o de una unión civil; que se trate de un inmueble susceptible de ser declarado familiar, que sea la residencia principal de la familia, y que sea declarado judicialmente o que cumpla las solemnidades en el caso de la declaración unilateral.

Así lo ha resuelto la Corte Suprema que señala “que para la aplicación de la norma transcrita es necesaria la concurrencia de varios requisitos, a saber: existencia de vínculo matrimonial; que se trata de un inmueble de propiedad de uno de los cónyuges; que sirva de residencia principal de la familia y si son bienes muebles, que ellos guarnezcan dicha residencia principal de la familia. En la especie, concurren todos los requisitos señalados, puesto que las partes están ligadas por vínculo matrimonial; el demandado es propietario del edificio ubicado en Salesianos N° 1140, construido sobre el sitio de igual ubicación inscrito a su nombre en el Conservador de Bienes Raíces y los litigantes concuerdan en que el departamento N° 301 de dicho edificio, sirve de residencia principal de la familia por ellos constituida junto a una hija menor de edad”¹⁷.

A) Matrimonio o unión civil.

Tradicionalmente se ha señalado que los únicos beneficiarios eran los cónyuges, eso fue así hasta el 22 de octubre de 2015, fecha en que entra en vigencia la Ley N° 20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil, y que regula los efectos derivados de la convivencia entre dos personas.

Esta situación se aplica para la constitución o afectación de un bien como familiar, no necesariamente para su mantención o para su desafectación, casos en que la jurisprudencia ha privilegiado, acertadamente, la protección de la familia y el interés superior de los hijos.

Tratándose de contratos susceptibles de registro ante el Oficial del Registro Civil, se deberá acreditar mediante copia autorizada del acta de matrimonio o de unión civil, o los certificados que en cada uno de los casos se otorgan.

B) Bienes susceptibles.

De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 141 y 146 del Código Civil, pueden ser declarados como bienes familiares: i) el inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges o convivientes civiles, ii) los muebles que lo

¹⁷ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 454-2009, 19 de febrero de 2009, considerando quinto, disponible en: www.pjud.cl.

guarnecen, y iii) los derechos o acciones que los cónyuges tengan en sociedades propietarias de un inmueble que sea residencia principal de la familia.

Con respecto al i) el inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges o convivientes civiles, no obstante lo simple de la expresión, surgen una serie de dudas. Así, se ha planteado que debe tratarse una cosa corporal, un bien raíz, a efectos de que pueda servir de residencia principal de la familia. Adicionalmente, se excluyen otras formas de vivienda como por ejemplo las casas rodantes o carpas.

En este sentido, CORRAL señala que “debe tratarse de un bien inmueble, necesariamente corporal, ya que de lo contrario no podrá cumplir con el requisito de servir de residencia (se excluyen otras formas de vivienda como casas rodantes, vehículos abandonados, carpas o tiendas de campaña, etc.). La Corte Suprema ha debido confirmar la exigencia de que se trate de una cosa corporal, con motivo de un caso en que se pedía la afectación como familiar de un derecho real de usufructo recaído sobre un departamento (C. Sup., 12 de marzo de 2002, RDJ, t. 99, sec. 1ª, p. 33)”¹⁸.

Es importante recalcar la exigencia de la singularidad que establece el artículo 141 del Código Civil al señalar “el inmueble...”, lo que también excluye la posibilidad que detenten tal calidad más de un inmueble. Así, lo ha señalado TOMASELLO que expresa que “conviene llamar la atención hacia la circunstancia de que la ley habla de ‘el inmueble’ que sirva de residencia principal de la familia, de manera que no es posible la existencia de dos inmuebles que revistan este carácter”¹⁹.

Aunque parece que la afirmación corresponde al tenor literal, no necesariamente va a coincidir con la realidad, en la que es posible que dos bienes puedan ser la residencia principal de la familia, como es el caso de un matrimonio que se separa de hecho y tienen 2 hijos, y cada uno de los cónyuges queda al cuidado de uno de los hijos. En tal caso, ¿se podría decir que no son familia? o ¿se podría preferir a una por sobre la otra?

La respuesta nos parece clara, ambas son familia monoparentales, y no es posible preferir a ninguna de estas familias, ergo, ambas cumplen los requisitos.

¹⁸ CORRAL TALCIANI, H.: *Los bienes familiares y participación en los gananciales*, cit., p. 59.

¹⁹ TOMASELLO HART, L.: *El régimen de participación en los gananciales*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1994, p. 147.

Con respecto al dominio del inmueble se pueden presentar varias situaciones: que el inmueble sea de propiedad de uno de los cónyuges o conviviente civil, que sea propiedad de ambos, que sea de propiedad de una sociedad de uno de los cónyuges, que sea de la sociedad conyugal, o que sea de una comunidad entre uno de los cónyuges o conviviente civil con un tercero.

En el primer caso no existe problemas, sólo la exigencia de probar el dominio por parte del cónyuge solicitante como ha tenido oportunidad de señalar la Corte de Apelaciones de Chillán al referir “que, de lo anterior se desprende, que para que pueda prosperar la acción interpuesta, es necesario acreditar que el bien que se pretende sea declarado familiar, es de propiedad de uno de los cónyuges y así lo entendió la parte demandante, pues en la audiencia preparatoria, ofreció incorporar como prueba documental copia autorizada de la inscripción de dominio del inmueble objeto de este juicio. Sin embargo, en la audiencia de juicio dicha prueba ofrecida, no fue incorporada legalmente”²⁰.

En el segundo caso, que el inmueble sea de propiedad de ambos cónyuges, estimamos que tampoco existe inconveniente en su declaración. En este punto parece existir acuerdo tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, como lo consigna la Corte Suprema al señalar “que al relacionar las disposiciones antes referidas, se concluye que los bienes que pueden ser declarados familiares corresponden al inmueble que sirve de residencia principal de la familia, los muebles que la guarnecen y los derechos o acciones en sociedades propietarias del inmueble que sirve de residencia principal de la familia. El instituto en estudio exige, como se ha dicho, que el inmueble sirva de residencia principal de la familia y que éste sea de propiedad de cualquiera de los cónyuges. Así si la ley no efectúa distingo alguno, no resulta al intérprete procedente hacerlo, reduciendo el campo de aplicación de la norma, debiendo entenderse entonces comprendidos en la hipótesis discutida, tanto los inmuebles que pertenecen a cualquiera de los cónyuges como los que son comunes de éstos, tal como lo concluyen también autores como Gian Franco Rosso Elorriaga (‘Régimen Jurídico de los Bienes Familiares’, Metropolitana Ediciones, 1998, p. 99), René Ramos Pazos (‘Derecho de Familia’, Editorial Jurídica, Tomo I, p. 361), Pablo Rodríguez Grez, (‘Regímenes Patrimoniales’, Editorial Jurídica, 1996, p. 286) y Claudia Schmidt Hott, (‘Instituciones de Derecho de Familia’, LexisNexis, 2004, p. 231)”²¹.

²⁰ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillan, Rol 26-2008, 06 de marzo de 2008, considerando segundo, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/789/2008.

²¹ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 3322-2012, 3 de septiembre de 2012, considerando octavo, Identificador Microjuris: MJCH_MJJ33008.

La tercera opción, que el inmueble pertenezca a una sociedad de uno de los cónyuges, es precisamente, la situación regulada por el artículo 146 del Código Civil, que dispone “lo previsto en este párrafo se aplica a los derechos o acciones que los cónyuges tengan en sociedades propietarias de un inmueble que sea residencia principal de la familia”.

Respecto a la cuarta alternativa, que el bien sea de propiedad de la sociedad conyugal, existe consenso en que se aplica independiente del régimen patrimonial del matrimonio, es decir, si existe sociedad conyugal. En este sentido, la Corte Suprema ha señalado que “así los hechos, no existen en el matrimonio sino dos patrimonios, los de cada uno de los cónyuges, ya que por el hecho de celebrarse el contrato definido en el artículo 102, a diferencia de la sociedad o compañía definida en el artículo 2053 del Código Civil, no se forma ninguna persona jurídica distinta de las partes que concurrieron a su formación. Por lo tanto, los bienes de cualesquiera de los cónyuges podrán estar o no afectados a limitaciones en cuanto a su administración o disposición; y las hay en abundancia en los diferentes regímenes; pero siempre, a todo evento, dichos bienes lo estarán en alguno de esos dos únicos patrimonios, ya que no existe otro en el matrimonio”²².

Por último, que el inmueble sea de propiedad de una comunidad entre uno de los cónyuges o conviviente civil y un tercero, nos parece que en este caso, a diferencia de los anteriores, no sería procedente, ya que se estaría afectando el derecho de propiedad de terceros. Nuestra jurisprudencia sostiene “que al respecto, cabe consignar, que la ley ha omitido toda referencia a la situación de los bienes raíces pertenecientes a uno de los cónyuges en comunidad con terceros, es decir, la misma no contempla ni autoriza la declaración de bien familiar en estos casos, a diferencia de lo que ocurre respecto de los derechos y acciones a que se refiere el artículo 146 del mencionado Código Civil, en que el legislador ha establecido la procedencia de tal afectación, no resultando posible concluir en un sentido contrario al indicado, desde que la situación en estudio ha quedado al margen de regulación por la normativa legal”²³.

De todas formas la existencia de gravámenes sobre el bien familiar, no es óbice para su afectación como bien familiar, ya que no es un peligro inmediato que amenace la propiedad del inmueble y tampoco es un requisito exigido por el legislador. Para la Corte de Apelaciones de San Miguel “la necesidad de tener que invocarse un peligro real o cierto que pudiera afectar

²² Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 10145-2005, 16 de octubre de 2008, considerando quinto, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/7720/2008.

²³ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 4608-2009, 14 de septiembre de 2009, considerando noveno, disponible en www.pjud.cl.

al bien respecto del cual se hace la solicitud, no es una exigencia que contemple la ley, en tanto que el hecho que pesen sobre el mismo inmueble gravámenes como los que menciona el demandado, tampoco es un obstáculo para formular la solicitud, razones por las que estas alegaciones no resultan idóneas para sustentar la oposición a lo pedido”²⁴.

Con respecto a los ii) bienes muebles que lo guarnecen, en primer lugar, es necesario consignar que el artículo 567 del Código Civil define a los bienes muebles como “los que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que sólo se muevan por una fuerza externa, como las cosas inanimadas”.

Según HÜBNER, guarnecer “significa revestir, adornar, dotar, equipar, proveer, etc. Se piensa que la ley se refiere exclusivamente a aquellos bienes de uso habitual, de servicio de la familia”²⁵.

En un sentido similar se ha resuelto “que como la ley no define lo que debe entenderse por muebles que guarnecen la residencia de la familia, aplicando la regla de hermenéutica legal del artículo 20 del Código Civil, es dable sostener que ‘guarnecer’, de acuerdo al sentido natural y obvio de las palabras, significa -según la definición del diccionario de la Real Academia- ‘colgar, vestir, adornar’ y también ‘dotar, proveer y equipar’. De lo anterior se infiere que el citado artículo 141 permite asignar este carácter a los bienes muebles que alhajan el hogar, es decir, al amoblado de la residencia familiar, sin consideraciones de otro orden, esto es, sin atender quién es el propietario de ellos ni a su valor, sea éste económico, histórico o sólo afectivo”²⁶.

Para CORRAL “si se relaciona el nuevo artículo 141 CC con lo dispuesto en el inc. 2º del artículo 574 CC, que interpreta la expresión legal ‘muebles de una casa’, deberán quedar excluidos bienes como el dinero, los documentos y papeles, las colecciones científicas o artísticas, los libros y estantes, las medallas, armas, instrumentos de artes y oficios, joyas, ropas de vestir y de cama, y en general otras cosas de las que forman el ajuar de una casa. No parece que puedan comprenderse tampoco los automóviles, bicicletas, motocicletas ni otros bienes muebles de transporte, ya que el mismo art. 574 inc. 2º CC excluye a sus equivalentes en la época en que se dictó el Código Civil: ‘carruajes o caballerías o sus arreos’. No obstante, la pertinencia de la

²⁴ Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 21-2012, 26 de enero de 2012, considerando segundo, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/222/2012.

²⁵ HÜBNER GUZMÁN, A. M.: “Los bienes familiares en la legislación chilena. Problemas y atisbos de solución”, cit., p. 112.

²⁶ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 1245-2007, 31 de mayo de 2007, considerando quinto, disponible en www.pjud.cl.

invocación del artículo art. 574 CC es bastante discutible, ya que se trata de una norma de carácter instrumental y no de fondo”²⁷.

Por su parte la Corte Suprema, en cuanto a la excluir ciertos bienes por estimar que son prescindibles, ha señalado “que de los antecedentes se observa que los sentenciadores excluyeron de la declaración de bien familiar ciertos bienes muebles individualizados por el demandado, por estimarlos ‘prescindibles para el desempeño del núcleo familiar básico’. Si el legislador alude, a los muebles que guarnecen el hogar, no es lícito al intérprete distinguir entre los que son imprescindibles y los que no lo son. Es más, si se desea restringir el concepto, entendiendo que se refiere la ley a los que sean de ordinario uso en el hogar de que se trata, en la especie, tal presupuesto se cumple plenamente, pues los bienes que se exceptúan de tal condición son, en general, muebles finos, elegantes o de estilo, adquiridos durante la vigencia de la vida conyugal, que adornan y visten la casa familiar de acuerdo al gusto y preferencias de sus integrantes. Estos son congruentes con los demás bienes muebles que alhajan el inmueble como se observa del inventario confeccionado por la Secretaria del Tribunal, que se lee a fojas 91”²⁸.

Por último, en cuanto a la necesidad de singularizar los bienes muebles, estimamos que para que exista certeza jurídica, sería necesario tener un inventario de los bienes. Así parece entenderlo la Corte de Apelaciones de Arica, que ha resuelto “que, en cuanto a los bienes muebles que guarnecen el inmueble solicitado, no habiéndose individualizado los bienes solicitados, y atendida las característica del inmueble, se procederá al rechazo de la demanda en esta parte”²⁹. De todas formas, la ley no exige que se presente un inventario, como lo señala HÜBNER “la ley no exigió que se presentara un inventario de los bienes muebles, y hasta la fecha casi no existen declaraciones judiciales respecto de los muebles por la incerteza de su realidad y especificación”³⁰.

C) Residencia principal de la familia.

Desde luego que es el supuesto jurídico fundamental, que está integrado por tres características: debe tratarse de un inmueble que sirva de “residencia”, la que debe ser “principal” y debe servir a la “familia”.

²⁷ CORRAL TALCIANI, H.: *Los bienes familiares y participación en los gananciales*, cit., pp. 65-66.

²⁸ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 1245-2007, 31 de mayo de 2007, considerando octavo, disponible en www.pjud.cl.

²⁹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, Rol 423-2008, 13 de noviembre de 2008, considerando quinto, identificador Thomson Reuters: CL/JUR/4090/2008.

³⁰ HÜBNER GUZMÁN, A. M.: “Los bienes familiares en la legislación chilena. Problemas y atisbos de solución”, cit., p. 113.

En cuanto al primer punto, la residencia consiste en “la permanencia o establecimiento en un lugar determinado”³¹.

A propósito del domicilio se ha analizado “que en principio por morada debe entenderse la relación de hecho de una persona con un lugar, casa o recinto, donde esta persona vive o permanece. Morada es la casa o habitación; morador es quien habita o está de asiento en un paraje; y morar es habitar o residir de asiento en un lugar. Tal situación puede ser ocasional, accidental o momentánea, a diferencia de lo que sucede con la residencia, que tiene mucho mayor grado de estabilidad. Sin embargo, aparece que la expresión morada habitual no ha sido tomada en el sentido de habitación ocasional, accidental o momentánea, sino más bien en el significado de residencia que atribuye el Código Civil, vale decir, una morada fija y permanente, constitutiva del domicilio civil”³².

Evidentemente, la exigencia de que se trate de la residencia familiar termina siendo un obstáculo para las personas que tienen que abandonar su hogar transitoriamente, como podría ocurrir en los casos de violencia intrafamiliar, en que las víctimas se ven forzadas a abandonar su casa transitoriamente, para evitar los hechos de violencia.

Se puede declarar bien familiar, tanto un predio urbano como uno rural, sin embargo, coincidimos con CORRAL en el sentido que debería considerarse la afectación parcial del inmueble que exceda las necesidades del grupo familiar, como cuando se solicita respecto de un predio cuya extensión supera con creces a la residencia, incorporando incluso algunas actividades productivas, como fábricas o cultivos agrícolas³³.

Por residencia principal, la jurisprudencia de la Corte Suprema señala que debe considerarse, “en este contexto normativo, es que los jueces de alzada interpretaron las reglas invocadas, concluyendo que el inmueble sub lite ya no sirve de residencia principal de la familia, puesto que en él no habita actualmente el grupo familiar, hecho que, por lo demás, fue reconocido por la demandada, quien intenta extender el sentido y alcance de la institución en estudio, argumentando que a través de dicho bien se debe garantizar el derecho alimenticio de la familia, fundamento que es improcedente, porque se aleja del texto expreso de la ley y atendido a que el mismo se encuentra resguardado por medio de otras vías legales, anteriores y ejecutivas que

³¹ Sentencia de la Corte Suprema, 30 de octubre de 2003, considerando decimotercero, identificador Thomson Reuters: 28751, citada por J. BARRIENTOS GRANDON, *Código de la Familia*, tercera edición actualizada, Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2013, p. 41.

³² Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 12.907-2014, 05 de noviembre de 2014, considerando séptimo, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/8085/2014.

³³ CORRAL TALCIANI, H.: *Los bienes familiares y participación en los gananciales*, cit., pp. 59-60.

resultan más efectivas, compatibles y armónicas con el sistema normativo de la institución en estudio.”³⁴

En cuanto al segundo punto, es menester responder ¿Qué se entiende por familia? La Corte Suprema ha señalado que “no está definida en términos generales por el legislador. Empero, el inciso tercero del artículo 815 del Código Civil, inserto en el Título X del Libro II, relativo a los derechos de uso y de habitación, dispone que la familia comprende al cónyuge y los hijos; tanto los que existen al momento de la constitución, como los que sobrevienen después, y esto aun cuando el usuario o el habitador no esté casado, ni haya reconocido hijo alguno a la fecha de la constitución, de suerte que, también, para estos efectos, puede entenderse que hay familia si no existen hijos y los cónyuges viven separados”.³⁵

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago señala “que si bien, por concepto de familia se tiene a un grupo humano unido por vínculo de parentesco, en este caso no podría restringirse a la circunstancia que entre la actora y el demandado la acepción no les concede cobertura por el mero hecho que en dicho matrimonio no hubo hijos, puesto que una familia perfectamente puede sólo estar compuesta por el marido y la mujer no restándose a que ésa se conciba en un sentido amplio; más en este caso, que fue el inmueble de calle Pluviómetro N° 084, Villa Nevado del Maipo, de Puente Alto, el lugar físico donde convivió el demandado con la actora y los hijos de ésta y con la aquiescencia de aquel, circunstancia que no lo aleja, sino que, por el contrario, lo radica dentro del concepto más tradicional de familia”³⁶.

En un sentido similar, la Corte de Apelaciones de Concepción ha señalado que “de la redacción de dicha norma aparece que para declarar un inmueble ‘bien familiar’, éste debe cobijar a la familia, estar destinado a servir de residencia principal de la familia y de resguardo a los hijos que conviven con los padres o con alguno de ellos, de lo que se desprende que la demanda que se interpone para obtener la declaración judicial de bien familiar de un inmueble, debe perseguir que tal declaración beneficie no sólo al cónyuge solicitante, sino también a los hijos que viven en el inmueble y que están conviviendo con su padre o madre”³⁷.

³⁴ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 127-2015, 02 de febrero de 2015, considerando undécimo, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/559/2015.

³⁵ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 2800-2003, 31 de mayo de 2004, considerando duodécimo, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/789/2004.

³⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 885-2014, 18 de febrero de 2015, considerando segundo, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/904/2015.

³⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 4379-2005, 23 de marzo de 2007, considerando cuarto, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/691/2007.

Igualmente, debemos analizar si es que resulta necesario que los cónyuges o convivientes vivan juntos. Según la Corte de apelaciones de Concepción, “esta norma exige para la procedencia de la declaración de bien familiar la existencia de un inmueble de propiedad de cualquiera de los cónyuges, y que éste sirva de residencia principal de la familia, no estableciendo como requisito que los cónyuges permanezcan viviendo juntos”³⁸.

En este sentido la Corte Suprema ha resuelto “que, al razonar en la forma antes señalada, la sentencia ha cometido error de derecho, infringiendo el artículo 141 del Código Civil, pues ha incorporado un elemento no contemplado en dicha disposición para la declaración del bien familiar, esto es, que los cónyuges deban vivir juntos en el inmueble que sirve de residencia principal a la familia, lo que lleva a este tribunal a acoger el recurso deducido”³⁹.

En la misma línea, surge la necesidad de distinguir si la norma exige que los hijos que vivan en el inmueble sean menores de edad. Al respecto, nuestra jurisprudencia ha entendido que efectivamente es requisito necesario para conceptualizar la noción de familia, incluso por sobre los intereses de los cónyuges o convivientes civiles.

Así, se ha señalado “que aparece en autos que la menor vive con su madre. Para ella el bien raíz es su residencia principal y como no puede vivir sola es lógico que también allí resida su madre. Para la menor sigue existiendo el vínculo con su padre y por ende ellos constituyen una familia de modo que el bien raíz que ocupa es su residencia principal”⁴⁰.

En un sentido similar, la Corte de Apelaciones de Valparaíso, al referirse al interés superior de los hijos en la desafectación de un bien familiar, señala “que este principio, de rango constitucional, conforme lo establece el inciso 2° del artículo 5 de la Constitución Política de la República, es recogido en la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, por lo que en el presente caso, al resolver en torno a la desafectación del bien familiar ya mencionado, debió tomarse en consideración la situación que afecta a un niño de 8 años y

³⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 2712-2003, 28 de julio de 2008, considerando tercero, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/3022/2008.

³⁹ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 1373-2003, 24 de junio de 2004, considerando quinto, Identificador Microjuris: MJCH_MJ9308 | RDJ9308.

⁴⁰ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 563-2012, 17 de agosto de 2012, considerando tercero, Identificador Microjuris: MJCH_MJJ32873 | ROL: 563-12, MJJ32873.

que está bajo el cuidado y la tuición de su madre, la demandada en estos antecedentes.”⁴¹

Por otro lado, respecto de aquellos casos en que el solicitante vive con hijos mayores de edad, la Corte de Apelaciones de Santiago, ha resuelto “que, como se ha dejado dicho en el motivo tercero de esta sentencia, la finalidad de los bienes familiares son, entre otros, amparar al cónyuge no propietario de la vivienda y resguardar el interés de los hijos comunes y del cónyuge al que le corresponde el cuidado de los hijos y, en el caso, el demandado no tiene el cuidado de algún hijo, ya que éstos son mayores de edad. La protección no puede extenderse a hijos que ya tienen más de 30 años y a una persona que hoy es un tercero ajeno a la propietaria del inmueble que necesita del mismo, en uso de su derecho de dominio, para habitarlo personalmente. Por lo demás, ni el demandado, ni los hijos que habitan el inmueble de que se trata, han invocado, ni han acreditado que estén inhabilitados para trabajar y poder acceder a otro inmueble”⁴².

Por último, es también necesario considerar qué sucede en los casos en que los cónyuges o convivientes civiles no tienen hijos o no viven con ellos. Nuestra Corte Suprema ha señalado “que los sentenciadores han considerado que para declarar el inmueble de propiedad de uno de los cónyuges bien familiar, es requisito indispensable que éste tenga actualmente la calidad de residencia principal de la familia, lo que no ocurría en la especie, desde que los cónyuges se encuentran separados de hecho, los hijos mayores de edad viven en forma independiente, ocupando la propiedad sólo el cónyuge demandante”⁴³.

Así las cosas, el problema que puede surgir en la declaración del bien familiar se relaciona directamente con la conformación de la familia moderna. Como se ha referido, no sería extraño encontrar casos en que los cónyuges o convivientes civiles se separen y que cada uno conviva con uno o más hijos por lo que, en tal caso, ¿a cuál familia se debería preferir? A nuestro juicio a priori no se puede dar una respuesta, será el juez de familia quien, al resolver la controversia, deberá analizar las posibilidades de cada uno de procurarse un lugar donde vivir.

⁴¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 2493-2008, 01 de diciembre de 2008, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/4221/2008. En un sentido similar, sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 939-2014, 11 de junio de 2014, considerando segundo, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/3295/2014.

⁴² Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 126-2014, 30 de junio de 2014, considerando decimotercero, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/4123/2014.

⁴³ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 6394-2007, 06 de diciembre de 2007, considerando tercero, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/2865/2007.

En este orden de ideas, también podría ocurrir que el cónyuge o conviviente civil pueda iniciar una nueva relación y llevar a vivir a un tercero al inmueble declarado bien familiar. Nos parece que una solución interesante es la que establece el artículo 444 del Código Civil y Comercial argentino, en que se habilita para que el juez fije una renta compensatoria por el uso del inmueble declarado bien familiar⁴⁴.

D) Resolución judicial o cumplimiento de las solemnidades.

Otro requisito es que exista una resolución judicial que declare al bien familiar, la que incluso puede ser provisoria, tal como se consigna en el artículo 141 inciso 3° del Código Civil. Excepción es el caso de la afectación de derechos o acciones en sociedades propietarias de un inmueble que sea la residencia principal de la familia, donde se hará por declaración de los cónyuges que conste en escritura pública y la inscripción respectiva según se analizará a continuación.

2. Forma de afectación de bienes

El Código Civil distingue según se trate del inmueble residencia principal de la familia y los bienes muebles que la guarnecen (artículo 141 del Código Civil) o de los derechos o acciones que los cónyuges tengan sobre sociedades propietarias del inmueble.

A) Declaración judicial.

Como ya lo hemos señalado, el inmueble que constituya la residencia principal de la familia y los muebles que la guarnecen, pueden ser declarados como bien familiar por el juez de familia, en una especie de procedimiento ordinario, en que el juez debe citar a audiencia preparatoria, y sólo si existe oposición se citará a audiencia de juicio, en caso contrario el juicio se realiza en una sola audiencia.

Establece además la ley, una medida cautelar especial de declaración provisoria de bien familiar, con la sola interposición de la demanda, agregando que el juez de familia en su primera resolución debe disponer la subinscripción de la declaración provisoria de bien familiar en el Registro del Conservador de Bienes Raíces, que se practicará con el solo mérito del decreto remitido mediante oficio por el tribunal de familia.

⁴⁴ *Código Civil y Comercial de la Nación*, Editorial Thomson Reuters, Buenos Aires, 2014, p. 88.

Según HÜBNER, “no obstante lo perentorio de los términos en el sentido de que la sola presentación de la demanda transformará provisoriamente el bien en familiar, pensamos que sólo podrá tener tal característica respecto de terceros, desde que se subinscriba al margen de la inscripción de dominio tal condición, la que constituye una formalidad de publicidad, de carácter sustancial, de modo que su omisión produce inoponibilidad frente a terceros”⁴⁵.

Estimamos que la redacción del artículo 141 del Código Civil en esta materia no es la idónea, toda vez que no es la presentación de la demanda la que transforma provisoriamente al bien en familiar, sino la resolución que provee la demanda. Se trata entonces de una medida cautelar de tipo innovativa, dictada de oficio por el tribunal.

En este sentido, TOMASELLO señala que “evidentemente, la transformación provisoria en familiar del bien de que se trate asume todo el carácter de una medida cautelar o de precaución, pues tiene por propósito asegurar los resultados de la correspondiente acción. Con todo, la ley no ha hecho aplicables aquí los requisitos de las medidas precautorias ni tampoco ha establecido que la transformación provisoria en bien familiar pueda obtenerse en virtud de una suerte de medida prejudicial precautoria”⁴⁶.

En la actualidad, podríamos decir que no se exige el cumplimiento de los requisitos de las medidas cautelares del artículo 22 de la Ley N° 19.968, que crea los Tribunales de Familia. En este sentido, más que una medida cautelar de tipo judicial, es una medida de orden legal. Estimamos imprescindible que se acrediten los supuestos básicos de los bienes familiares, es decir, que se trata de cónyuges o convivientes civiles y que el inmueble sea propiedad de uno de ellos.

Así lo entiende la Corte de Apelaciones de Santiago, que ha señalado “que la primera parte del inciso tercero del artículo 141 del Código Civil señala: Con todo, la sola interposición de la demanda transformará provisionalmente en familiar el bien de que se trate, de lo que se desprende que por el solo ministerio de la ley y bastando la presentación de la respectiva demanda de bien familiar y mientras no exista sentencia ejecutoriada que rechace la acción deducida, el inmueble en cuestión es, provisionalmente, bien familiar”⁴⁷.

⁴⁵ HÜBNER GUZMÁN, A. M.: “Los bienes familiares en la legislación chilena. Problemas y atisbos de solución”, cit., p. 115.

⁴⁶ TOMASELLO HART, L.: *El régimen de participación en los gananciales*, cit., p. 150.

⁴⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 4160-2007, 14 de diciembre de 2007, considerando 1°, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/3013/2007.

Esta declaración provisoria, como medida cautelar, sólo puede mantenerse mientras exista un juicio, por lo que en principio debe mantenerse hasta que se dicte sentencia acogiendo la declaración de bien familiar o rechazándola. De esta manera lo ha señalado la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, al disponer “que el haber acogido la reposición, dejando la juez sin efecto la declaración provisoria de bien familiar, contraviene lo previsto en el artículo 141 del Código Civil, toda vez que por el hecho de interponerse la demanda debió declararse provisoriamente bien familiar -tal como ocurrió- y así mantenerse hasta la audiencia de juicio, ya que hubo oposición a tal declaratoria, audiencia en la que debería probarse, entre otros hechos, si dicho bien sirve o no de residencia principal a la familia”⁴⁸.

Es evidente que la ley no exige notificar la demanda, por lo que la declaración provisoria genera sus efectos desde la subinscripción, resguardando el legislador los intereses de la familia y del cónyuge o conviviente civil solicitante, sin considerar al otro cónyuge o a terceros que pueden verse perjudicados por una declaración solicitada de mala fe o con el propósito de lesionar los intereses de terceros.

Por lo señalado, cobra relevancia lo dispuesto en el artículo 141 inciso final del Código Civil, que prescribe que “el cónyuge que actuare fraudulentamente para obtener la declaración a que se refiere este artículo, deberá indemnizar los perjuicios causados, sin perjuicio de la sanción penal que pudiere corresponder”.

Para SCHMIDT, es una “norma que sorprende pues la declaración no la hace el cónyuge, sino que el juez en un procedimiento contencioso que se ventila conforme a las normas del juicio sumario⁴⁹, que en la práctica no será tan breve en tiempo y que exige la citación del otro cónyuge, quien será el demandado, por lo cual, no se advierte cómo podría producirse el fraude. Sin embargo, si se podría producir un fraude eventualmente en contra de terceros, cuando ambos cónyuges simulen un juicio contradictorio. En todo caso, se producirá el absurdo que si ambos cónyuges están de acuerdo, como la constitución exige un procedimiento contencioso, uno de ellos deberá presentar la demanda necesariamente en contra del otro, y en consecuencia simular un pleito, aunque sea sin intención de defraudar a terceros”⁵⁰.

⁴⁸ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol 651-2008, 24 de septiembre de 2008, considerando octavo, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/3591/2008.

⁴⁹ Antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia, el 1° de octubre de 2005, desde esta fecha se somete al procedimiento ordinario, con las modificaciones del artículo 141 del Código Civil.

⁵⁰ SCHMIDT HOTT, C.: *Instituciones de Derecho de Familia*, Schmidt y Martinic (Directoras), Editorial LexisNexis, Santiago, Chile, 2004, pp. 235-236..

Nos parece que la hipótesis más evidente es la de actuar en perjuicio de terceros, por medio de un acuerdo de los cónyuges para lograr la afectación del bien.

En este sentido, CORRAL señala que “hay que hacer ver que en cualquier caso la norma parece superflua: a igual conclusión se hubiera llegado por la simple aplicación de las reglas generales en materia de responsabilidad extracontractual (cfr. Arts. 2314 y ss. CC). Se trata más bien de una especie de tipificación civil del ilícito que cumple una función admonitoria”⁵¹.

No estamos de acuerdo con lo señalado ya que, como se solicita al tribunal la declaración, en principio, el cónyuge solicitante no comete un acto ilícito, por lo que a través de las normas generales no podría obtener la reparación.

Por otra parte, nos parece que también podría ocurrir que un cónyuge o conviviente civil pueda pedir la declaración en perjuicio de su pareja, considerando además que la ley establece la declaración provisoria con la presentación de la demanda. Así, por ejemplo sucedería si un cónyuge pide la declaración de un bien que no es la residencia principal de la familia, con el objeto de obstaculizar una venta o un negocio importante. Si pensamos que con la sola interposición de la demanda se constituye como familiar, sin acreditar o probar sus requisitos, bien puede ocurrir dicha situación.

B) Por declaración de cualquiera de los cónyuges.

El artículo 146 del Código Civil permite que se pueda declarar como bien familiar, los derechos o acciones de propiedad de los cónyuges sobre sociedades que sean propietarias del inmueble que sirva de residencia principal de la familia.

La afectación se hará por declaración de cualquiera de los cónyuges contenida en escritura pública. En las sociedades anónimas se debe inscribir el registro de accionistas y en las sociedades de personas al margen de la inscripción social, si la hubiere. El problema se puede presentar en las sociedades civiles que no están sujetas a registro, de manera que no existe forma de inscribir o subinscribir el bien como familiar.

⁵¹ CORRAL TALCIANI, H.: *Los bienes familiares y participación en los gananciales*, cit., p. 79.

3. Efectos.

Los efectos se producen en los casos de declaración judicial, desde la resolución judicial que los declara provisoriamente como familiar entre los cónyuges o convivientes civiles, y respecto de terceros, desde la subinscripción en el Conservador de Bienes Raíces. En los demás casos será necesario que la sentencia se encuentre firme y ejecutoriada, además de la subinscripción.

Así lo entiende la Corte de Apelaciones de Chillán, que señala “que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 141 del Código Civil, para que un inmueble pueda ser afectado como bien familiar, es necesario que éste sea de dominio de alguno de los cónyuges, que sirva de residencia principal de la familia y que esta afectación sea declarada por sentencia definitiva ejecutoriada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil. Este último requisito es de la mayor importancia, por cuanto se trata de una sentencia declarativa de derechos a favor de una de las partes”⁵².

En el caso de las sociedades que sean propietarias del inmueble que sea la residencia principal de la familia, será necesaria la escritura pública y su respectiva subinscripción, si fuere posible realizarla.

El principal efecto de la declaración será limitar las facultades de disposición y de administración del cónyuge propietario, como se analizará a continuación.

A) Respecto de los cónyuges.

En primer lugar, el cónyuge propietario no puede enajenar o gravar, ni prometer enajenar o gravar, el bien familiar, sino con la autorización del cónyuge no propietario (artículo 142 Código Civil).

Esta autorización debe ser específica y otorgada por escrito, o por escritura pública si el acto exige esta solemnidad (como en la venta de bienes inmueble), o interviniendo expresa y directamente de cualquier modo en el acto. Se puede prestar por mandatario especialmente facultado, siempre que el mandato conste por escrito o por escritura pública. La sanción en los casos en que no se cumpla con las exigencias señaladas es la nulidad relativa, que puede solicitar el cónyuge no propietario. Al respecto, el artículo 143 del

⁵² Sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillan, Rol 143-2009, 26 de noviembre de 2009, considerando tercero, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/4060/2009.

Código Civil señala que los adquirentes se encuentran de mala fe para los efectos de las obligaciones restitutorias consecuencias de la acción de nulidad.

Según CORRAL, “esta presunción de mala fe (al parecer, de derecho) sólo se producirá cuando la afectación del bien inmueble conste en el registro inmobiliario. La ley no lo dice expresamente, pero sería extraordinariamente injusto y absurdo estimar lo contrario. Nuevamente, el intérprete debe salvar a la norma defectuosa del seguro naufragio al que la conduciría su tenor literal”⁵³.

La autorización puede ser suplida por el juez de familia en caso de imposibilidad o negativa que no se funde en el interés de la familia. Se debe citar a una audiencia al otro cónyuge, en caso de negativa de éste.

Igual limitación existe respecto de contratos que concedan derechos personales de uso o goce sobre el bien declarado familiar. Por lo que se aplica lo ya señalado.

B) Respetos de terceros.

La declaración de bien familiar, no perjudica los derechos de los terceros anteriores a la declaración, por lo que no afecta el derecho de prenda general. Así parece deducirse del inciso final del artículo 147 del Código Civil, que señala “la constitución de los mencionados derechos sobre bienes familiares no perjudicará a los acreedores que el cónyuge propietario tenía a la fecha de su constitución, ni aprovechará a los acreedores que el cónyuge no propietario tuviere en cualquier momento”. Aunque se ha estimado que su alcance se restringe a la constitución de los derechos de goce⁵⁴.

El principal efecto respecto de terceros es el beneficio de excusión, regulado en el artículo 148 del Código Civil, mediante el cual los cónyuges reconvenidos pueden exigir que antes de proceder contra los bienes familiares se persiga el crédito en otros bienes del deudor. Al efecto, se aplican supletoriamente las normas del Libro Cuarto, Título XXXVI del Código Civil, sobre la fianza.

En este sentido, HÜBNER sostiene que “se aplican las reglas de la fianza en cuanto correspondiere, lo que se traduce en:

⁵³ CORRAL TALCIANI, H.: *Los bienes familiares y participación en los gananciales*, cit., p. 84.

⁵⁴ Cfr. HÜBNER GUZMÁN, A. M.: “Los bienes familiares en la legislación chilena. Problemas y atisbos de solución”, cit., p. 128.

- a) Para oponer el beneficio deben señalarse los bienes en que el acreedor puede hacer efectivo su crédito, no pudiendo ser señalados los del artículo 2359 del código Civil.
- b) El acreedor debe aceptar la excusión, aunque los bienes señalados sólo basten para un pago parcial de la deuda, según el artículo 2364 del Código Civil.
- c) El acreedor tendrá derecho a la anticipación de los costos de la excusión, artículo 2361.
- d) El beneficio sólo puede hacerse valer una vez”⁵⁵.

En los procedimientos ejecutivos en que se disponga el embargo del bien familiar, el juez debe disponer que el mandamiento se notifique personalmente al cónyuge no propietario.

Con respecto a la falta de notificación, CORRAL señala que “no dispone expresamente la ley las consecuencias de la omisión de esta diligencia procesal. Dado que no se establece que se trate de un trámite esencial o cuya omisión produce nulidad, no habría causal de casación en la forma (Cfr. art. 768 CPC). Pero sí un defecto susceptible de un incidente de nulidad, en la medida en que, atendidas las circunstancias concretas, constituya un vicio que irroga a una parte (en este caso, el cónyuge no propietario) un perjuicio sólo reparable con la declaración de nulidad (Cfr. 83 CPC)”⁵⁶.

Según TOMASELLO, “se trata de una excusión real en cuya virtud el cónyuge demandado podrá oponer como excepción el beneficio de excusión (arts. 3003 N° 5 y 464 N° 5 del CPC) en el sentido de que antes de hacer efectivo un crédito en los bienes familiares se haga efectivo en otros bienes del cónyuge deudor”⁵⁷.

Coincidimos con HÜBNER en que “el beneficio resulta por lo demás tremendamente débil frente a las garantías reales que conllevan a la ejecución, puesto que si se constituyeron antes afectan a los acreedores, y si se constituyeron con posterioridad se va a exigir el consentimiento de ambos cónyuges de conformidad al artículo 142 del CC”⁵⁸.

⁵⁵ Cfr. HÜBNER GUZMÁN, A. M.: “Los bienes familiares en la legislación chilena. Problemas y atisbos de solución”, cit., pp. 104-105.

⁵⁶ CORRAL TALCIANI, H.: *Los bienes familiares y participación en los gananciales*, cit., p. 99.

⁵⁷ L. TOMASELLO HART, *El régimen de participación en los gananciales*, cit., p. 156.

⁵⁸ HÜBNER GUZMÁN, A. M.: “Los bienes familiares en la legislación chilena. Problemas y atisbos de solución”, cit., p. 130.

Por último, CORRAL señala que “debe decirse que el beneficio de excusión, tal como aparece planteado en el art. 148 CC, no parece tener cabida en los juicios ejecutivos especiales cuyas regulaciones particulares restringen al máximo las excepciones o defensas de los ejecutados, por ejemplo, los procedimientos de requerimiento hipotecario bancario: arts. 98 y ss. de la Ley General de Bancos; de prenda industrial: arts. 43 y 44 de la Ley N° 5.687; de prenda agraria: arts. 22 y 23 de la Ley N° 4.097; de prenda de cosas muebles compradas a plazo: arts. 29 y 30 de la Ley N° 4.702; de prenda de Valores mobiliarios a favor de bancos: art. 6° de la Ley N° 4.287, y de la prenda sin desplazamiento: arts. 22 y 23 de la Ley N° 18.112”⁵⁹.

En contra, la Corte de Apelaciones de Talca ha resuelto “que en concepto de estos sentenciadores, la circunstancia de encontrarse el procedimiento de autos reglado por las disposiciones contenidas en los artículos 103 y siguientes de la Ley General de Bancos no es, per se, óbice para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 148 del Código Civil, toda vez que la disposición contenida en el artículo 106 de aquel cuerpo legal dice relación con las interdicciones y prohibiciones que afecten al respectivo predio, calidad ninguna de las cuales es originada por la declaración de Bien Familiar”⁶⁰.

4. Constitución de derechos reales.

El artículo 147 del Código Civil autoriza al juez de familia para constituir a favor del cónyuge o conviviente civil no propietario, prudencialmente, derechos reales de goce, tales como usufructo, uso o habitación sobre el bien familiar.

Resulta un tanto extraño que por un lado se permita constituir derechos de usufructo sobre el bien familiar, lo que habilita por ejemplo para dar en arriendo la propiedad, y por otra, se exija que se mantenga como residencia principal de la familia.

La constitución de derechos reales no es un efecto automático, se debe considerar por el juez de familia, el interés superior de los hijos y las fuerzas patrimoniales de los cónyuges. La sentencia servirá como título para todos los efectos legales. Así lo ha resuelto la Corte de Apelaciones de Santiago, al indicar “que establecido entonces que la declaración de bien familiar y la constitución de un derecho de usufructo, aun cuando recaigan en el mismo

⁵⁹ CORRAL TALCIANI, H.: *Los bienes familiares y participación en los gananciales*, cit., p. 103.

⁶⁰ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca, Rol 247-2007, 01 de octubre de 2007, considerando primero, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/2092/2007.

bien raíz son instituciones de diversa naturaleza y fines, procede a continuación analizar si concurren los supuestos exigidos por el artículo 147 del Código Civil para acceder a la pretensión de la actora de constituir en su favor el usufructo sobre el bien que reclama, específicamente, si ello resulta acorde con el interés superior del hijo menor de edad y, además, si aparece conveniente atendida las fuerzas patrimoniales comparativas de ambos cónyuges”⁶¹.

Reiteramos nuestras críticas a la regulación de los derechos de goce en los bienes familiares que planteáramos en la compensación económica, donde señalamos que “por otra parte, nada dice la NLMC sobre las obligaciones del usufructuario de rendir caución de conservación y restitución y de confeccionar inventario solemne (art. 775 Código Civil), o en los derechos de uso o habitación de confeccionar inventario de los bienes sobre los que recae su derecho (art. 813 Código Civil). A diferencia de lo que ocurre en la ley N° 14.908, en que expresamente se señala que quedan exentos de las obligaciones recién mencionadas”⁶².

Por último, la constitución de estos derechos reales sobre bienes familiares no perjudicará a los acreedores que el cónyuge o conviviente civil propietario tenía a la fecha de su constitución, ni aprovechará a los acreedores que el cónyuge no propietario tuviere en cualquier momento.

5. Desafectación.

La desafectación la pueden realizar los cónyuges de común acuerdo o por resolución del tribunal de familia. En el primer caso, el artículo 145 del Código Civil permite desafectar el bien familiar por acuerdo de los cónyuges, pero si se trata de bienes inmuebles, debe constar en escritura pública, la que debe subinscribirse al margen de la inscripción de dominio en el Conservador de Bienes Raíces respectivo.

Tratándose de la desafectación judicial, se debe solicitar al juez de familia (que decretó el bien familiar), y debe acreditarse que ya no es la residencia principal de la familia. Lo anterior se traduce en probar un cambio particular de circunstancias, acotado a si es o no la residencia principal de la familia. En este sentido, la Corte de Apelaciones de San Miguel señala “que del examen de los antecedentes allegados a los autos, se concluye que esta Corte declaró

⁶¹ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 4278-2004, 17 de enero de 2008, considerando cuarto, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/1381/2008.

⁶² LEPIN MOLINA, C.: *La autonomía de la voluntad y protección del cónyuge más débil en la determinación y formas de pago de la compensación económica*, en *Revista Ius et Praxis*, vol.18, n.1, 2012, pp. 3-36.

bien familiar el inmueble sublite teniendo presente prácticamente las mismas circunstancias que se verifican en la actualidad, esto es, los dos hijos comunes de las partes son mayores de edad, ambos padres ejercen una actividad remunerada y el bien raíz en cuestión sirve de residencia principal a la familia, pues en él habita la madre con sus dos hijos, de tal modo que, en opinión de estos sentenciadores, las condiciones que permitieron la declaración de bien familiar se mantienen subsistentes y, por ende, no han variado de manera substancial”⁶³.

El tribunal competente, en principio, es el tribunal de familia, salvo que la solicitud de desafectación la solicite un tercero como un banco. Tal como lo ha resuelto la Corte Suprema al señalar que “del tenor de la norma transcrita se advierte que la competencia asignada a los tribunales de familia - en relación con los bienes familiares - se restringe a la declaración y desafectación de aquéllos pero sólo en los casos en que tales asuntos sean promovidos entre los cónyuges y, en el caso sub judice, la cancelación de la declaración efectuada ha sido solicitada por una entidad bancaria que obviamente carece de tal calidad. Por otra parte - como acertadamente lo refiere la sentencia censurada - del mismo texto referido se concluye que el ejercicio de la acción de desafectación no se encuentra limitada únicamente a la actividad de los cónyuges, desde que del encabezado reproducido que señala ‘Los siguientes asuntos que se susciten entre cónyuges’, se desprende que también se puede promover entre quienes carecen de tal calidad y, en tal caso, a contrario sensu, no será materia que deba ser conocida y resuelta por un Tribunal de Familia, siendo entonces de competencia de un tribunal civil por aplicación de las reglas generales. (...)”⁶⁴.

También se puede alegar como cambio de circunstancia, la muerte de uno de los cónyuges o convivientes civiles, la nulidad de matrimonio o del acuerdo de unión civil, y por último, el divorcio. En este caso, existe jurisprudencia que exige sólo que se decrete el divorcio por sentencia ejecutoriada y que se acredite en juicio que ya no es la residencia principal de la familia.

Así lo ha resuelto, por ejemplo, la Corte Suprema que señala “que tal conclusión se desprende del texto del artículo 145 del Código Civil, el cual para el caso en que el matrimonio sea declarado nulo o haya terminado por muerte de uno de los cónyuges o por divorcio, dispone que se aplicará la misma regla dada en el inciso anterior, disposición que se refiere a la

⁶³ Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 209-2014, 25 de julio de 2014, considerando séptimo, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/4850/2014. En el mismo sentido, sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 877-2012, 22 de enero de 2013, considerando sexto, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/156/2013.

⁶⁴ Sentencia de la Corte Suprema, Rol 2084-2007, 14 de julio de 2008, considerando cuarto, disponible en www.pjud.cl.

posibilidad de desafectar un bien raíz que ya no sirva de residencia oficial de la familia, por la remisión que se hace, en definitiva, a lo dispuesto por el artículo 141 del citado Código. Dicho reenvío debe entenderse no sólo al procedimiento que debe utilizarse, esto es, a la necesidad de que exista una petición de desafectación y una resolución que la disponga, sino también la de justificar que ya no se cumplen con los fundamentos que autorizan la existencia de los bienes familiares, pues el inciso final del aludido artículo 145 del Código Civil, establece la exigencia de formular al juez la petición en este sentido, apareciendo entonces que la remisión que se hace bajo la expresión “igual regla”, sería una redundancia de la norma, si se interpreta en el sentido que se refiere sólo al procedimiento; por el contrario, aparece más razonable con la idea anterior, que se requiera de un pronunciamiento judicial en orden a acreditar el cumplimiento de los presupuestos de fondo referidos al destino del bien. Lo anterior se ve reafirmado, además, por la circunstancia que el divorcio no opera de pleno derecho desafectando el bien, pues se requiere de una decisión del órgano jurisdiccional en tal sentido, la que deberá valorar la situación particular”⁶⁵.

Por la venta en pública subasta el bien pierde la calidad de familiar, en este sentido lo ha resuelto la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, que señala “que nuestra jurisprudencia ha sido clara en señalar que: tratándose de una enajenación voluntaria o forzosa, como sería el caso de venta en subasta pública decretada en juicio ejecutivo, el bien pierde ipso facto la calidad de familiar sin que sea necesaria una declaración expresa en tal sentido, pues tal calificación no puede subsistir si el bien ya no pertenece a alguno de los cónyuges, ello porque no se estableció en la ley para estos bienes familiares una subrogación real.”⁶⁶

⁶⁵ Sentencias de la Corte Suprema, Rol 1086-2009, 15 de abril de 2009, considerando sexto, disponible en www.pjud.cl; Rol 4316-2011, 12 de septiembre de 2011, considerando octavo, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/7572/2011; Rol 22340-2014, 09 de febrero de 2015, considerando cuarto, Identificador Microjuris: MJCH_MJJ40496 | ROL: 22340-14, MJJ40496; Rol 16052-2013, 18 de junio de 2014, considerando quinto, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/3493/2014; Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol 673-2010, 20 de diciembre de 2010, considerando sexto, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/17029/2010; Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 90-2013, 26 de junio de 2014, considerando octavo, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/3903/2014; y Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 939-2014, 11 de junio de 2014, considerando segundo, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/3295/2014..

⁶⁶ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, Rol 1442-2008, 17 de septiembre de 2008, considerando sexto, identificador Thomson Reuters: CL/JUR/3539/2008.

6. Institución de orden público.

Por último, es necesario señalar que se trata de una institución de orden público familiar, indisponible para los cónyuges o convivientes civiles, tal como se desprende del artículo 148 del Código Civil, que prescribe “es nula cualquier estipulación que contravenga las disposiciones de este párrafo”. En el mismo sentido, la Corte de Apelaciones de Valparaíso ha resuelto “que la jurisprudencia ha sostenido que el propósito pretendido fue la protección o interés de la familia, en su calidad de tal y no en su aspecto patrimonial, ello atendido la norma aludida en el considerando primero se ubica en el párrafo que sanciona con nulidad cualquier estipulación que contravenga sus disposición de manera que son de orden público y no privado”⁶⁷.

IV. CONCLUSIONES

1. La declaración de bien familiar se constituye sólo como una limitación al dominio del cónyuge o conviviente civil propietario, sin garantizar la constitución de derechos reales de goce sobre estos bienes. De esta manera, la protección es precaria ya que no lo transforma en inembargable.
2. Su finalidad principal es proteger a la familia legalmente constituida, a través del matrimonio o el acuerdo de unión civil.
3. Procede la desafectación cuando existe un cambio de circunstancias, es decir, cuando pierda la calidad de residencia principal de la familia. Lo que ocurrirá, entre otros casos, cuando muera uno de los cónyuges, o se declare por sentencia firme y ejecutoriada la nulidad del matrimonio o el divorcio.
4. En este último caso, puede subsistir la declaración de bien familiar si el cónyuge no propietario vive en el lugar con hijos menores de edad, protegiendo de tal forma, el interés superior de los hijos.

ÍNDICE

⁶⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 2539-2008, 13 de enero de 2009, considerando tercero, Identificador Thomson Reuters: CL/JUR/5717/2009.